



17279/2018

REPUBBLICA ITALIANA

In nome del Popolo Italiano

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

PRIMA SEZIONE CIVILE

Oggetto:
autofallimento - termine a comparire - applicabilità - società pubblica - società *in house* - soggezione alla procedure concorsuali.

Composta da

Antonio Didone

Presidente

R.G.N. 20992/2014

Giulia Iofrida

Consigliere

Cron. 17279

Francesco Terrusi

Consigliere

Num.

Paola Vella

Consigliere

U.P. 16/05/2018

Giuseppe Fichera

Consigliere rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso iscritto al n. 20992/2014 R.G. proposto da

Monica

C. Ucc-1,

- *ricorrente e controricorrente in via incidentale* -

contro

Fallimento della Castellammare di Stabia Multiservizi s.p.a.

- *controricorrente* -

e contro

Comune di Castellammare di Stabia

152
2018

- controricorrente e ricorrente in via incidentale -

e contro

Castellammare di Stabia Multiservizi s.p.a., in liquidazione .

- intimati -

avverso

la sentenza n. 140/2014 della Corte d'appello di Firenze, depositata il 30 luglio 2014.

Sentita la relazione svolta all'udienza del 16 maggio 2018 dal Consigliere Giuseppe Fichera.

Udite le conclusioni del Sostituto Procuratore Generale Immacolata Zeno, che ha chiesto il rigetto del ricorso principale e di quello incidentale.

FATTI DI CAUSA

Su istanza del suo amministratore unico, il Tribunale di Torre Annunziata dichiarò il fallimento della Castellammare di Stabia Multiservizi s.p.a. (di seguito *breviter* CSM), già in precedenza posta in liquidazione.

Il reclamo proposto da Monica già amministrare unico della società, con l'intervento volontario del comune di Castellammare di Stabia e di un creditore della fallita, venne respinto dalla Corte d'appello di Napoli, con sentenza depositata il 30 luglio 2014, che dichiarò altresì inammissibile l'intervento spiegato dall'ente locale.

Ritenne la corte d'appello che la procura per presentare l'istanza di autofallimento della CSM fosse stata correttamente rilasciata dal suo amministratore, prima dell'iscrizione nel registro delle imprese della sua nomina quale liquidatore della medesima società e senza eccedere dai suoi poteri; irrilevante poi si mostrava

la circostanza che fosse stato accordato un termine a difesa inferiore a quello previsto dalla legge, trattandosi appunto di istanza presentata dal medesimo debitore.

Soggiunse il giudice di merito che andava esclusa la non fallibilità della detta società, poiché non risultava provato che si trattasse di società *in house*, dovendosi peraltro in via generale ammettere la soggezione alle procedure concorsuali di tutte le società controllate da soggetti pubblici; infine, dalla documentazione in atti emergeva in maniera plateale la sussistenza dello stato di insolvenza della CSM, avuto riguardo all'ingente esposizione debitoria verso il concessionario della riscossione, alle numerose procedure esecutive subite e al suo patrimonio netto negativo.

Avverso la detta sentenza della Corte d'appello di Napoli, Monica l. ha proposto ricorso per cassazione affidato a cinque motivi, cui resiste con controricorso il fallimento della CSM e il comune di Castellammare di Stabia, il quale a sua volta ha proposto ricorso incidentale affidato ad un unico motivo.

Non hanno spiegato difese il creditore intervenuto nella fase del reclamo e la società fallita.

La ricorrente principale e il comune di Castellammare di Stabia hanno depositato memorie ex art. 378 c.p.c.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso la ricorrente principale CSM deduce nullità del procedimento per violazione dell'art. 2486 c.c., avendo erroneamente la corte d'appello escluso la nullità del ricorso per auto fallimento, in quanto la procura alle liti era stata conferita dall'amministratore unico eccedendo dai suoi poteri.

1.1. Il motivo è infondato.

È fermo l'orientamento di questa Corte a tenore del quale l'amministratore unico di una società di capitali, non solo è pienamente legittimato a proporre ricorso per la dichiarazione di

fallimento della società amministrata anche in assenza di altri creditori istanti, ma, in caso di ripetute perdite di esercizio, mai ripianate, e di azzeramento del capitale della società, vi è tenuto, al fine di evitare di rispondere dell'eventuale aggravamento del passivo cagionato dal ritardo nella menzionata dichiarazione (Cass. 03/02/2017, n. 2957; Cass. 16/09/2009, n. 19983).

Né può seriamente dubitarsi che nelle more dell'iscrizione della nomina dei liquidatori nel registro delle imprese (che ha effetti costitutivi ai sensi dell'art. 2487-*bis* c.c.) – è esattamente quanto accaduto nel caso in esame –, gli amministratori, mantenendo il potere di gestione della società, secondo quanto dispone espressamente l'art. 2486 c.c., proprio ai fini della conservazione del patrimonio sociale, siano pienamente legittimati a presentare una istanza di auto fallimento, la quale in siffatte circostanze può costituire l'unico mezzo per evitare, appunto, l'ulteriore erosione dell'attivo sociale.

2. Con il secondo motivo denuncia l'istante ulteriore nullità del procedimento per violazione dell'art. 15, comma terzo, l.fall., poiché a seguito del deposito dell'istanza di auto fallimento, il tribunale ha accordato al debitore un termine a difesa inferiore a quello previsto dalla legge.

2.1. Il motivo è manifestamente infondato.

Per un verso, invero, va ricordato che il mancato rispetto del termine di quindici giorni che deve intercorrere tra la data di notifica del decreto di convocazione del debitore e la data dell'udienza, come previsto dalla nuova formulazione dell'art. 15, comma 3, l.fall., costituisce causa di nullità astrattamente integrante la violazione del diritto di difesa, ma non determina – ai sensi dell'art. 156 c.p.c., per il generale principio di raggiungimento dello scopo dell'atto – la nullità del decreto di convocazione se, il debitore abbia attivamente partecipato all'udienza, senza formulare, in tale sede, rilievi o riserve in ordine alla ristrettezza

del termine concessogli (Cass. 19/07/2016, n. 14814; Cass. 16/07/2010, n. 16757).

Per altro verso, va ricordato che nel caso in cui il debitore assuma direttamente, ai sensi dell'art. 14 l.fall., l'iniziativa per la dichiarazione del proprio fallimento, non è consentito sostenere che debba trovare applicazione *tout court* l'art. 15 l.fall. e, in particolare, il termine a difesa previsto dalla detta norma, essendo il destinatario del decreto di convocazione emesso dal tribunale il medesimo soggetto istante e, in definitiva, venendo meno – anche solo astrattamente – le ragioni che giustificano la necessità di accordare alla parte istante per il proprio fallimento, un qualsivoglia spazio temporale minimo per approntare le proprie difese.

3. Con il terzo motivo assume la violazione dell'art. 1 l.fall., poiché la corte d'appello ha escluso che la fallita fosse una società *in house*, sottratta alle procedure concorsuali, nonostante la presenza di tutti gli indici tali da indurre a ritenere la sua non fallibilità, né potendosi affermare senz'altro la soggezione alle procedure concorsuali delle società in mano pubblica, anche quando costituenti una mera emanazione dell'ente pubblico che ne detiene la totalità delle azioni o delle quote.

3.1. Il motivo è complessivamente infondato.

Com'è noto, le Sezioni Unite di questa Corte, chiamate a pronunciarsi sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e Corte dei conti, hanno costantemente affermato che quest'ultima ha giurisdizione sull'azione di responsabilità degli organi sociali per i danni cagionati al patrimonio della società solo quando possa dirsi superata l'autonomia della personalità giuridica rispetto all'ente pubblico, ossia quando la società possa definirsi *in house*, per la contemporanea presenza di tre requisiti: 1) il capitale sociale sia integralmente detenuto da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi e lo statuto vieti la cessione delle partecipazioni a privati; 2) la società espliciti statutariamente la propria attività

prevalente in favore degli enti partecipanti, in modo che l'eventuale attività accessoria non implichi una significativa presenza sul mercato e rivesta una valenza meramente strumentale; 3) la gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quelle esercitate dagli enti pubblici sui propri uffici, con modalità e intensità di comando non riconducibili alle facoltà spettanti al socio ai sensi del codice civile (Cass. s.u. 10/03/2014, n. 5491; Cass. s.u. 25/11/2013, n. 26283).

Peraltro, secondo l'orientamento più recente di questa Corte in tema di fallibilità della società partecipate dagli enti locali, appare oramai del tutto irrilevante ogni indagine in ordine alla natura *in house* o meno della società che sia in mano pubblica, poiché la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali – e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico –, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità (Cass. 07/02/2017, n. 3196; Cass. 27/09/2013, n. 22209).

A siffatto orientamento occorre dare sicura continuità, dovendosi al riguardo tenere a mente, come del resto già evidenziato da questa Corte (Cass. n. 3196 del 2017, *cit.*), da un lato, che l'art. 1 l.fall. esclude dall'area della concorsualità soltanto gli enti pubblici e non anche le società pubbliche, per le quali trovano applicazione le norme del codice civile e, dall'altro, che esiste ancora nell'ordinamento una disposizione (l'art. 4 della legge 20 marzo 1975, n. 70), che vieta seccamente l'istituzione di enti pubblici se non in forza di un atto normativo.

Ancora, il legislatore più recente ha mostrato in maniera evidente la precisa volontà di ritenere senz'altro applicabile anche alle società pubbliche la normativa codicistica, compreso quindi l'art. 2221 c.c., che detta la regola di carattere generale della fallibilità di tutti gli imprenditori che esercitano attività commerciale.

E invero, prima l'art. 4, comma 13, del d.l. 6 luglio 2012 n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135 – applicabile *ratione temporis* anche alla società CSM –, ha stabilito che *“le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali”*.

Successivamente, la medesima disposizione è stata ribadita dall'art. 1, comma 3, del d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175-*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, soggiungendo poi in maniera inequivoca l'art. 14 del ridetto decreto legislativo, come novellato dal d.lgs. 16 giugno 2017 n. 100, che *“Le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza di cui al decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, e al decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39”*.

Dunque, deve conclusivamente affermarsi che tutte le società c.d. pubbliche, che svolgano attività commerciale – compresa quindi evidentemente anche la CSM –, quale che sia la composizione del loro capitale sociale, le attività in concreto esercitate, ovvero le forme di controllo cui risultano effettivamente sottoposte, restano assoggettate al fallimento, al pari di ogni altro

sodalizio nei cui confronti debbano trovare applicazione le norme codicistiche.

4. Con il quarto motivo lamenta vizio di motivazione ex art. 360, comma primo, n. 5), c.p.c. avendo il giudice di merito omissso di prendere in esame le circostanze decisive idonee a dimostrare che la società fallita non versava in stato di insolvenza.

5. Con il quinto motivo eccepisce violazione dell'art. 5 l.fall. poiché i dati contabili acquisiti dimostravano che la società fallita non versava in stato di insolvenza al momento del deposito dell'istanza di autofallimento.

5.1. I due motivi, all'evidenza aventi comune oggetto e bisognosi quindi di unica trattazione, sono inammissibili.

Com'è noto, lo stato di insolvenza richiesto ai fini della pronuncia dichiarativa del fallimento dell'imprenditore non è escluso dalla circostanza che l'attivo superi il passivo e che non esistano conclamati inadempimenti esteriormente apprezzabili. In particolare, il significato oggettivo dell'insolvenza, che è quello rilevante agli effetti dell'art. 5 l.fall., deriva da una valutazione circa le condizioni economiche necessarie (secondo un criterio di normalità) all'esercizio di attività economiche, si identifica con uno stato di impotenza funzionale non transitoria a soddisfare le obbligazioni inerenti all'impresa e si esprime, secondo una tipicità desumibile dai dati dell'esperienza economica, nell'incapacità di produrre beni con margine di redditività da destinare alla copertura delle esigenze di impresa (prima fra tutte l'estinzione dei debiti), nonché nell'impossibilità di ricorrere al credito a condizioni normali, senza rovinose decurtazioni del patrimonio. Il convincimento espresso dal giudice di merito circa la sussistenza dello stato di insolvenza costituisce apprezzamento di fatto, incensurabile in cassazione, ove sorretto da motivazione esauriente e giuridicamente corretta (Cass. 27/03/2014, n. 7252).

Nella fattispecie in esame, la corte d'appello ha ampiamente motivato sulle ragioni che inducevano a ritenere che la CSM si trovasse nella condizione di non fare fronte alle proprie obbligazioni con mezzi normali, come era testimoniato dai molteplici pignoramenti presso terzi subiti, dall'ingentissima esposizione debitoria nei confronti del concessionario della riscossione, nonché dallo stato di dissesto in cui versava il suo principale debitore (*id est* il comune di Castellammare di Stabia).

Può soggiungersi che, già in data 14.2.2014, vale a dire pochi giorni prima del deposito del ricorso per auto fallimento, la società fallita era stata sciolta e posta in liquidazione volontaria con delibera assunta dalla sua assemblea straordinaria, essendo risultato il suo patrimonio netto addirittura negativo per oltre 3 milioni di euro; circostanza questa incontrovertibile, che dimostra plasticamente lo stato di decozione in cui la medesima versava al momento della sua dichiarazione di fallimento.

6. Con l'unico motivo del ricorso incidentale, il comune di Castellammare di Stabia lamenta violazione dell'art. 18, comma nono, l.fall., avendo la corte d'appello erroneamente giudicato tardivo il suo intervento nel giudizio di reclamo, trattandosi di mero intervento adesivo dipendente.

6.1. Il motivo è privo di fondamento.

Ritiene questa Corte di dovere assicurare continuità a quell'orientamento, a tenore del quale, nel giudizio di reclamo avverso la sentenza di fallimento l'intervento di qualunque interessato non possa avvenire oltre il termine stabilito per la costituzione delle parti resistenti con le modalità per queste previste dall'art. 18, comma nono, l.fall., nel testo novellato dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, dovendosi interpretare siffatta norma nel senso che, decorso quel termine, nessun intervento può aver luogo, neppure *ad adiuvandum*, atteso che l'interesse richiesto dall'art. 105, comma secondo, c.p.c. potrebbe legittimare

l'interventore adesivo alla proposizione del reclamo, sicché consentirne la costituzione tardiva equivarrebbe a rimetterlo in termini per reclamare (Cass. 22/12/2016, n. 26771; Cass. 08/11/2013, n. 25217).

7. Le spese seguono la soccombenza tra la ricorrente principale e il fallimento controricorrente, mentre avuto riguardo alla reciproca soccombenza vanno compensate integralmente tra la prima e il comune ricorrente incidentale. Sussistono le condizioni per l'applicazione, nei confronti del ricorrente principale e di quello incidentale, dell'art. 13, comma 1-*quater*, del d.p.r. n. 115 del 2002.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso principale e quello incidentale.

Condanna la ricorrente principale al pagamento, in favore del fallimento controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 7.000,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00, ed agli accessori di legge.

Compensa le spese tra la ricorrente principale e il comune ricorrente incidentale.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, del d.p.r. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17, della legge n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente principale e del ricorrente incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1-*bis* dello stesso art. 13.

Così deciso in Roma, il 16 maggio 2018.

Il Consigliere estensore

(Giuseppe Fichera)



Il Presidente

(Antonio Didone)

Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Fabrizia BARONE

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

Il 02 LUG 2018

Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Fabrizia Barone